

TREBALL DE FI DE GRAU

EL DRET DE DANYS I EL CAS DE LA TALIDOMIDA

(Anàlisi comparatiu entre la SJPI nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013 i la SAP de Madrid, de 13 d'octubre de 2014)

Curs 2014-2015

Tutor: Carles E. Florensa i Tomàs

Catedràtic de Dret Civil

Alumne: M^a del Carmen Gracia Molins

Índex

1. Introducció.....	3
2. Conceptualització dels problemes de fons	5
3. Supòsit de fet i iter processal	7
4. La responsabilitat civil per culpa o negligència de l'art. 1.902 CC i la responsabilitat civil del fabricant per producte defectuós del TRLGDCU.	14
5. Breu explicació de les qüestions processals i de fons per a l'anàlisi de les sentències	23
6. La institució de la prescripció	25
6.1. Prescripció de l'acció per reclamar	25
6.2. Principis sobre els que s'assenta l'inici del còmput de la prescripció. Especial referència a la fixació del <i>dies a quo</i> del fet danyós en l'àmbit de la responsabilitat civil	29
6.3. La consolidació dels danys corporals per determinar el <i>dies a quo</i>	36
6.3.1. Els danys permanents	39
6.3.2. Els danys continuats	41
6.3.3. Els danys sobrevinguts o secundaris	43
7. Conclusions.....	46
8. Bibliografia i jurisprudència citada	48

1. Introducció

Aquest treball té per objecte l'estudi de la sentència del Jutjat de Primera Instància nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013 i la sentència de l'Audiència Provincial de Madrid, de 13 d'octubre de 2014, dues resolucions que il·lustren un dels problemes més candents en el Dret de Danys espanyol sobre la institució de la prescripció. Degut a la gran dispersió normativa respecte d'aquesta matèria, hem vist oportú analitzar aquesta qüestió a partir de la jurisprudència que ens presenten aquestes dues sentències que comparem per tal de poder-nos situar a l'hora de determinar l'estat actual d'aquesta figura jurídica en l'àmbit de la responsabilitat extracontractual.

En aquest cas concret, s'estudia si es pot apreciar l'excepció de la prescripció respecte dels danys produïts per la ingesta de la talidomida. Doncs sobta que sobre un mateix cas (del que ja han passat 50 anys fins que es va presentar la demanda), els jutjadors presentin solucions contradictòries degut a la interpretació que s'ha donat als danys produïts.

L'estructura del treball es presenta en cinc epígrafs o capítols diferents i correspon a l'ordre metodològic emprat per a realitzar el treball.

El segon epígraf presenta i dona una definició als principals conceptes clau que es tracten en el present treball.

El tercer epígraf exposa de manera resumida el supòsit de fet i l'*iter processal* del cas. També perquè resulti més còmode pel lector, es transcriuen alguns fragments escollits de les sentències que es comparen.

El quart epígraf posa de manifest l'evolució de la concepció de la responsabilitat extracontractual cap a la objectivització del dany, juntament amb la última tendència de la protecció dels consumidors. Es compara el tradicional sistema de responsabilitat per danys de l'art. 1.902 del Código Civil amb el del Codi Civil de Catalunya i el Text Refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris, dos dels últims règims de responsabilitat que recentment s'han estrenat introduint les noves tendències.

El cinquè epígraf ens serveix per plasmar la figura de la "solidaritat impròpia", una institució creada exclusivament per la jurisprudència arran d'uns preceptes destinats a la responsabilitat contractual. Posa de manifest el debat actual entre la barrera de la responsabilitat contractual i extracontractual.

Per últim, el sisè epígraf es dedica al problema més debatut entre el demandant (AVITE) i la demandada (GRÜNENTHAL): la institució de la prescripció. Cal dir, però, que és una figura susceptible de ser pròximament reformada pels legisladors. La regulació que presenta actualment el Código Civil espanyol presenta llacunes legals.

2. Conceptualització dels problemes de fons

Dany personal continuat o de producció successiva: Aquell dany la causa originària del dany es manté i, per tant, continuen generant-se danys. El còmput del termini de prescripció, estableix la jurisprudència, no s'inicia fins que no resulta raonablement improbable la continuació, l'aparició o bé l'agreujament del dany produït.

Dany durador o permanent: Aquell dany que es produeix en un moment determinat per la conducta del subjecte agent, però l'efecte negatiu persisteix en el temps; fins i tot, existeix la possibilitat que s'agreugi per factors aliens a l'acció o bé, per omissió del demandat. La doctrina jurisprudencial entén que el còmput del termini de prescripció s'inicia un cop el perjudicat ha pogut tenir o ha tingut coneixement del dany. Les malalties cròniques s'engloben en aquesta categoria de dany.

Dany sobrevingut: Aquell dany que la causa que l'origina desapareix (també del dany primari), però apareix posteriorment com a una nova etapa o fet diferenciats. És a dir, la relació de causalitat entre el fet danyós i el dany es descobreix molt després de la seva producció. En aquests supòsits, el *dies a quo* no es pot vincular a la data del fet danyós i la jurisprudència el fixa en el moment en que el damnificat coneix o pot conèixer el dany. El dret anglosaxó l'anomena la *discovery rule*.

Doctrina de la solidaritat impròpia: Té el seu origen en les regles de la responsabilitat solidària (1.137 a 1.148 CC) que s'estableixen per al règim contractual. No obstant, la jurisprudència l'aplica en supòsits en que dues o més persones han causat un dany i en els que no és possible discernir la quota de responsabilitat que correspon a cadascuna.

Prescripció: Modalitat extintiva que constitueix una forma d'extinció dels drets pel no exercici en el termini fixat per la llei, i en el que es presumeix l'abandonament de l'exercici del propi dret per part del seu titular, que no exercita l'acció

corresponent, i es fonamenta en la necessitat de concedir una estabilitat i seguretat jurídica a les situacions jurídiques existents.

Responsabilitat per culpa o negligència, ex art. 1902 CC¹: Obligació civil de reparar el resultat produït per un fet danyós. A l'acte il·lícit civil o delictes civil, se l'anomena també culpa (i responsabilitat) extracontractual o culpa aquiliana. A diferència de la responsabilitat contractual, no hi ha cap incompliment d'una relació preexistent entre les parts, sinó que es fonamenta en el principi general *neminem laedere* (qui causa un dany a un altre, ha d'indemnitzar).

Teoria del naixement de l'acció: L'acció que encara no ha nascut no pot prescriure. El dia inicial per a exercir l'acció és aquell en el que es compta amb els elements fàctics i jurídics per a fonamentar una situació plena per a plantejar el litigi. En llatí és conegut com el principi *actio nondum nata non praescribitur*.

Teoria de la realització: Regla moderna que subjectivitza la teoria del naixement de l'acció. Amb aquesta teoria el que es pretén és aconseguir una "aptitud plena" per a litigar on es requereixen tots els elements fàctics i jurídics per a exercir el seu dret². Aquesta teoria la segueix el Tribunal de l'Audiència Provincial de Madrid³ per a resoldre el cas que analitzarem.

Teoria contra non valentem agere non currit praescriptio: La seva traducció literal: la prescripció no corre contra aquell que no la pot fer valer. La finalitat d'aquesta regla està lligada a determinar l'àmbit subjectiu de la prescripció.

1. LETE DEL RÍO, José Manuel; LETE ACHIRICA, Javier. *Derecho de Obligaciones. Volumen I. Teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Derecho de daños*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pàg. 644.

2. MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el *dies a quo* del plazo de prescripción", a *XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. 9 de mayo de 2014, p. 69, a <http://www.derechocivil.net/jornadas/MANUEL%20MARIN%20APDC.pdf>.

3. SAP Madrid, de 13 de octubre de 2014, Ponent: Sagrario Arroyo García (RJ 1531).

3. Supòsit de fet i iter processal

L'Associació de víctimes de la Talidomida a Espanya (AVITE en endavant) denuncia a la farmacèutica alemanya GRÜNENTHAL PHARMA, S.A. (GRÜNENTHAL en endavant) per haver sintetitzat, patentat, comercialitzat i distribuït directament o a través d'altres laboratoris o empreses del grup⁴ un fàrmac amb un principi actiu anomenat talidomida, una molècula derivada de l'àcid flutàmic (alfa-ftalimidoglutàrimida; fórmula química: $C_{13}H_{10}N_2O_4$) i que durant la dècada dels 50-60 del segle passat es va vendre com un producte absolutament segur i sense riscos. Com a conseqüència, es van produir morts i greus malformacions en nadons les mares dels quals durant l'embaràs van fer ús del medicament. Els que van sobreviure, no han pogut suportar l'activitat laboral fins a l'edat de jubilació per restar afectats per anomalies congènites secundàries i al qual s'ha d'afegir el desgastament de membres de les extremitats exteriors, com a conseqüència dels sobreesforços per compensar els membres que els hi falten.

Finalment, el 17 de febrer de 2012 AVITE interposa una demanda contra GRÜNENTHAL PHARMA S.A. davant del Jutjat de Primera Instància on sol·licita varies pretensions: Que es declarin com afectats de la Talidomida a tots aquells socis d' AVITE que percebin els ajuts econòmics del RD 1006/2010, de 5 d'agost mitjançant el qual es regula el procediment de concessió d'ajuts a les persones afectades per la talidomida a Espanya durant el període de 1960-1965, i als que mitjançant resolució administrativa o sentència ferma els hi sigui reconeguda aquesta condició. A la segona pretensió es demana que es declari el dret a percebre la indemnització als hereus dels afectats que en vida fossin perceptors dels ajuts del RD 1006/2010 o que la condició com afectats els hi fos reconeguda en vida o després de la mort per resolució administrativa o sentència ferma. Per

4. Queden fixats com a fets provats per la SJPI nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013 (AC 2288) en el FJ 4º (*de la legitimación de la demandada. Grupo de empresas*) que a Espanya a través de tres laboratoris i set noms comercials diferents, es va estar distribuint i comercialitzant la talidomida. I com a representant de GRÜNENTHAL, MEDINSA.

últim, es diu que es condemni a la farmacèutica a indemnitzar a cada un dels socis d' AVITE la quantitat resultant de multiplicar cada punt percentual de minusvalidesa reconegut per l' Administració espanyola per 20.000 euros.

El laboratori GRÜNENTHAL per la seva part, a la contestació de la demanda planteja declinatòria per falta de jurisdicció al considerar que la competent és la contenciosa -administrativa però per Auto de 13 d'abril de 2012 es desestima. També es formulen diverses excepcions processals de les quals s'acaben desestimant per Auto de 6 de novembre de 2012 la falta de litisconsorci passiu necessari, la falta de legitimació activa *ad processum* en base a la doctrina de la solidaritat impròpia i l'excepció de la cosa jutjada parcial. A més a més es sol·licita la desestimació íntegra en quant al fons de l'assumpte.

Com ja s'ha dit a la introducció, és rellevant l'ampli lapse de temps transcorregut entre el fet danyós i la interposició de l'acció de responsabilitat. Jurídicament aquest fet és d'absoluta rellevància ja que un dels requisits que exigeix la Responsabilitat extracontractual és l'existència d'un dany actual i per saber si ho estem o no, la clau ens la donarà l'apreciació o no de la prescripció del dany. Aquesta circumstància no se'ls i passa de llarg a les parts i per aquest motiu, s'inicia una discussió de si estem davant d'uns danys permanents (GRÜNENTHAL) o continuats (AVITE) i si és possible l'apreciació de danys sobrevinguts.

Aquesta distinció per la jurisprudència mai no ha estat gens fàcil i així ho manifesten els jutjadors al dependre en gran part dels pèrits i dels criteris subjectius, però sobretot de l'estat de la ciència en cada moment. Per exemple, per a resoldre aquest cas, l'Informe de la Universitat de Gerontologia de la Universitat de Heidelberg així com els estudis realitzats pel Centre d'Investigació d'Anomalies Congènites de l'institut de Salut "Carles III" entre d'altres han estat molt importants pel fallo que s'ha dictat en les sentències.

El *quid* de l'assumpte, es podria resumir en la interpretació que s'ha fet de la prova sobre si es consideren o no les seqüeles com a una nova etapa o fet diferenciat envers el dany originari. Respecte aquest punt, l'informe Heidelberg té

un paper rellevant. En concret en la recomanació que es fa sobre la realització d'una nova prova d' investigació científica pels danys causats a l'etapa prenatal però descoberts més tard. La interpretació d'aquesta pericial porta a que els jutjadors donin suport a tesis diferents.

La Primera Instància es decanta per la postura d'AVITE al entendre que estem davant de danys continuats:

“No existe duda cuando las consecuencias dañosas se producen y agotan de modo unívoco e inmediato pero en los casos en los que la aparición o consumación del daño se dilata a lo largo del tiempo o en los que solo es possible conocer con exactitud su dimensión cuando ha pasado el tiempo, la cuestión es más imprecisa y a la resolución de estos casos obedece a la doctrina de los daños continuados destacada por la parte demandante”⁵

Dels danys continuats (com ja es veurà més endavant) la doctrina jurisprudencial ha estipulat que el termini per començar a computar la prescripció ha de ser el moment en que els danys queden perfectament determinats.⁶ Amb la salvetat de que quan estiguem davant d'una enfermetat crònica (considerats danys permanents), l'acció es quedarà oberta fins que no es concreti definitivament l'abast de les seqüeles⁷. No obstant, quan analitza els danys secundaris entén que aquests s'han d'entendre com a danys continuats.

“Desde este punto de vista las lesiones padecidas por quienes pudieran estar afectados por la ingesta prenatal de la talidomida hace tiempo que podrían estimarse consolidadas con secuelas, aunque de la documentación técnica obrante en autos (informe Heidelberg y artículos de médicos especializados en la materia) resulta con claridad que existe un empeoramiento generalizado y progresivo en los afectados (...)

es que en fechas recientes se ha sabido que los afectados por la talidomida pueden padecer daños que se denominan en el propio informe “daños secundarios, tardíos

5. SJPI nº90 de Madrid, de 19 de noviembre de 2013, (AC 2288), FJ 3 (*de la prescripción de la acción*).

6. SJPI nº90 de Madrid, de 19 de noviembre de 2013, (AC 2288), FJ 3 (*de la prescripción de la acción*).

7. STS de 15 d'octubre de 2008 (RJ 7125).

o de aparición tardía" (...) esto significa que, a pesar del tiempo transcurrido desde los hechos, en la actualidad no se tiene un conocimiento, cierto, cabal, seguro, exacto y absolutamente definitivo sobre el alcance de las lesiones y secuelas producidas por la talidomida, es decir, los daños derivados de su ingesta no están plena y absolutamente determinados ni consolidados, por lo que, la acción rectora del procedimiento no puede considerarse prescrita.”⁸

i per això, el Jutjat de Primera Instància entén que els danys s'han de tenir en compte a partir de l'entrada en vigor del Reial Decret 1006/2010 ja que és el moment en que queda constatat que el personal tècnic especialitzat, atenent als coneixements científics actuals estableixen una relació causal entre les malformacions i l'ingesta de la talidomida durant l'embaràs de les seves mares i es reconeix la seva condició com afectats.

Finalment, en base a aquests arguments que hem descrit breument, declara com afectats de la Talidomida a tots aquells socis del llistat aportat per AVITE i als recollits a l'Interlocutòria de 6 de novembre de 2012 que percebin o puguin percebre en un futur els ajuts econòmics que s'estableixen en el Reial Decret 1006/2010.

"Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por AVITE (...) contra GRÜNENTHAL PHARMA S.A. (...), DEBO DECLARAR Y DECLARO como afectados por la talidomida a los socios de AVITE de los incluidos en el listado contenido en auto de 6 de noviembre de 2012 que perciban o pudieran percibir en el futuro las ayudas económicas establecidas en el Real Decreto 1006/2010 y que acrediten esta condición en ejecución de sentencia mediante la presentación de la correspondiente resolución administrativa, excepto las personas que estén recibiendo ayudas de la Fundación Contergan, y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a indemnizar a cada uno de ellos con la cantidad de 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía que les haya sido reconocido por la Administración española, más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda con el incremento previsto legalmente a partir de esta resolución."

GRÜNENTHAL impugna la sentència d'Instància interposant recurs d'apel·lació davant l'Audiència Provincial de Madrid. Per objecte té la totalitat de la sentència

8. SJPI nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013, (AC 2288), FJ 3 (*de la prescripción de la acción*).

de Primera Instància, a més a més dels següents pronunciaments: 1) l'auto de 6-11-2012 per el qual es desestimen les excepcions de falta de legitimació activa, litisconsorci passiu necessari i cosa jutjada parcial, 2) l'auto de rectificació de 27-11-2012 i el de 19-12-2012, 3) la resolució oral dictada en l'Audiència Prèvia l'11-3-2013 sobre l'admissió d'una prova documental presentada per AVITE i, 4) la inadmissió d'una prova documental presentada per l'apel·lant per resolució oral al començament del judici celebrat el 14-10-2013. La part apel·lada presenta l'escrit pertinent mitjançant el qual s'oposa totalment al recurs presentat per GRÜNENTHAL.

A l'hora de resoldre el Tribunal, enten que més que en dilucidar si estem davant de danys permanents o continuats, s'ha de determinar el moment en que els perjudicats varen poder exercitar les accions. I per això, té com a punt de partida el moment del naixement ja que és quan les malformacions es presenten de manera evident i on es determina l'abast de l'invalidesa. En definitiva, argumenta que ens trobem davant d'un dany permanent i que els aconteixements nous que han sorgit o que poden sorgir com a conseqüència del fet inicial, no poden suposar el reinici del còmput cada vegada. D'altra banda, ens trobaríem davant de l'absoluta imprescriptibilitat de l'acció fins la mort del perjudicat⁹ i s'aniria en contra del principi constitucional de seguretat jurídica contemplat a l'article 9.3 CE.

“Como hipótesis podríamos establecer que los afectados por la talidomida desde que alcanzaron la mayoría de edad estaban en disposición para ejercer las acciones respecto de estas malformaciones que se evidenciaron en el momento del nacimiento, pues aunque la doctrina jurisprudencial respecto del cómputo del “dies a quo” de la prescripción, en los daños continuados (tesis de la actora), entiende que el computo se inicia en el momento de la generación del definitivo resultado, se matiza que esto es así “cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados. (...)”

Esta Sala entiende que nos encontramos en un supuesto en el que debe aplicarse esta doctrina jurisprudencial, y de esta manera, si determinados tipos de lesiones se evidencian en el momento del parto (...) se trata de secuelas que ya podían ser

9. STS de 29 de gener de 2014, que cita la SAP Madrid de 13 de octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 14 (*Dimensión jurídica para establecer el inicio del plazo de la prescripción*).

determinades en el momento del nacimiento, pues es en ese momento cuando se determina el alcance invalidante de las mismas y se trata de defectos permanentes (...) como consecuencia de la ingestión de la talidomida en el período crítico por la madre gestante; sin perjuicio de su agravamiento o el surgimiento de otras como consecuencia de aquellas, empero ello (la constatación de nuevas secuelas) implicaría una nueva etapa o un hecho diferenciado distinto del anterior".¹⁰

Per això determina d'acord amb la jurisprudència aplicable, que l'inici del còmput de la prescripció en aquests casos s'ha d'entendre que és el moment en que el dany queda consolidat amb el matís de l'article 1.968.2 CC "*desde que lo supo el agraviado*". On entén que d'acord amb els fets provats, la relació de causalitat ja s'hauria pogut conèixer a partir de 1962 deguda l'inevitable explosió informativa en els mitjans de comunicació.

Tot i així, en l'últim dels casos, diu el Tribunal que el límit d'aquest desconeixement sobre els fets, es situaria al 2003, any en que l'Associació de Víctimes de la Talidomida s'inscriu al Registre i tots els socis reben la informació pertinent. D'aquesta manera justifica que la impossibilitat de que més tard d'aquesta data encara es continués ignorant el veritable origen de la malformació. Si més no, si que és cert que alguns dels socis van recórrer al Centre d'Investigació d'Anomalies Congènites que pertany a l'Institut de Salut Carles III per obtenir un diagnòstic més segur i que degut a les dificultats dels professionals per realitzar les valoracions i els anàlisi de les malformacions per poder realitzar l'informe, fins l'any 2008 no van obtenir els resultats definitius.

El Tribunal arriba a la conclusió de que el diagnòstic definitiu i segur de que les malformacions i danys consecutius podien derivar-se de l'ingestió de la talidomida, i per tant, haver obtingut molt abans de l'entrada en vigor del Reial Decret 1006/2010.

"La conclusión de la sentencia de Instancia de entender que con base a este informe se pueda derivar la existencia de daños secundarios, tardíos o de aparición

10. SAP Madrid, de 13 de octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 14 (*Dimensión jurídica para establecer el inicio del plazo de la prescripción*).

tardía, que implique el inicio del “dies a quo” del plazo de prescripción, entendemos que se trata de una conclusión no acorde al informe, pues con la misma (y por la apelada se reproduce en el escrito de oposición al recurso) se produce una generalización que no puede trasladarse a los afectados por la talidomida, como de manera clara y patente se constata en el informe que venimos examinando. (...)

En consecuencia, el informe del Instituto de Gereontología de la Universidad de Heidelberg no supone una constatación de los denominados daños tardíos y que los mismos tengan su causa en la talidomida, sino que, a lo largo del mismo, en diversas ocasiones se establece como una posibilidad, por lo que su determinación se deberá de realizar a través de la correspondiente investigación científica (...). Por lo tanto, la conclusión de la sentencia apelada de entender que no han prescrito las acciones ejercitadas en la demanda por la existencia de esta posibilidad, y por lo tanto dejar abierto el plazo de prescripción “sine die”, es contraria a la doctrina jurisprudencial reseñada en el fundamento de derecho duodécimo, pues supondría tanto como establecer la imprescriptibilidad de la acción (...) lo que sería contrario a la jurisprudencia que venimos reseñando en la presente resolución, y la posibilidad de establecer distintas etapas o hechos diferenciados, lo que sí sería posible en el caso enjuiciado, como, de igual modo, venimos desarrollando en el presente y anteriores fundamentos.”¹¹

Amb tot això, la Sala reinterpreta l'Informe Heidelberg i realitza un estudi on posa de manifest que la sentència apel·lada ha basat la motivació del seu fallo en l'existència d'uns possibles danys que encara no han estat descoberts per la ciència. En definitiva, la sentència d'Instància ha basat el seu fallo en una mera hipòtesi i per tant, en base a fets no provats. No obstant, la Sala no fixa un termini concret per a l'inici del còmput a diferència del Jutjat de Primera Instància. Únicament diu que “*En todo caso, a la entrada en vigor tanto de la Ley 26/2009 como el RD 1006/2010, por las razones examinadas con anterioridad, la prescripción ya se había producido*”

I per això diu que els danys consecutius en tot cas, s'han de qualificar com a danys secundaris i en el cas de que la ciència descobrís en l'actualitat noves relacions de causalitat entre el possible dany i la ingesta de la talidomida, s'iniciaria un nou termini de prescripció doncs seria l'aplicació del principi *actiu*

11. SAP Madrid, de 13 de octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 16 (*Prescripción: los denominados daños, secundarios, tardíos o de aparición tardía*).

nondum nata non praescribitur (l'acció que encara no ha nascut no pot prescriure).

“En todo caso, y en la tesis más favorable para el perjudicado para preservar su derecho a ser íntegramente resarcido, los daños consecutivos, así la escoliosis y artrosis, se deberían de entender como daños sobrevenidos, como una nueva etapa o hecho diferente, de las originales secuelas permanentes derivadas de los daños prenatales (aquellos que se evidenciaron en el momento del nacimiento)”¹².

Finalment, considerant la Sala del Tribunal prescriu les accions exercitades per AVITE, es pronuncia a la sentència de 13 d'octubre de 2014 dictant el següent fallo:

“LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por GRÜNENTHAL PHARMA, S.A. (...) contra la sentencia dictada el día 19 de noviembre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 90 de Madrid en el procedimiento de juicio ordinario registrado con el número 217/2012, debemos REVOCAR la referida resolución en el sentido de DESESTIMAR la demanda interpuesta por AVITE, ASOCIACIÓN VÍCTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA, contra GRÜNENTHAL PHARMA, S.A., absolviendo a la demandada de los pedimentos del suplico de la demanda.(...)”

4. La responsabilitat civil per culpa o negligència de l'art. 1.902 CC i la responsabilitat civil del fabricant per producte defectuós del TRLGDCU.

Quan s'estudia l'àmbit del medicament, una de les limitacions amb les que ens trobem quan es treballa l'àmbit del medicament, al trobar-nos davant d'un procés de fabricació que ha seguit una elaboració i una producció en massa és el seu *cicle de vida*¹³. La complexitat de la cadena ha comportat un ampli ventall

12. SAP Madrid, de 13 de octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 14 (*Dimensión jurídica para establecer el inicio del plazo de la prescripción*).

13."Todo esto pone sobre la mesa no solo los fundamentos sobre los que descansa la responsabilidad de los laboratorios farmacéuticos, médicos, farmacéuticos y profesionales sanitarios en general;-agentes todos ellos que intervienen en el ciclo de la vida del medicamento -, sino que hacen resaltar el papel que juegan los principios que informan la relación de causalidad, frente a las extremas dificultades que afronta el perjudicado para depurar responsabilidades (...)" (Vid. SARRATO MARTÍNEZ, Luis, *La responsabilidad administrativa, civil y penal en el ámbito del medicamento*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 43-44)

normatiu on entren les diferents disciplines tant de dret públic com privat. Ja sigui per exemple pel control administratiu de l'activitat de l'empresa on s'estableixen garanties per la salut i la seguretat, o bé per establir un règim de responsabilitat civil especial a banda de la normativa general que trobem a les regles del CC. A més a més s'ha d'afegir, la complexitat que ja de per si aporten els casos de responsabilitat extracontractual al comptar també amb una dispersió normativa dins dels diferents ordenaments jurídics.

D'aquesta manera, durant tot el procés pot dir-se que s'assegura la tutela al consumidor de manera totalment coberta davant d'un producte *insegur* com és el medicament capaç de produir un dany a la vida, a la integritat física o al patrimoni del consumidor¹⁴. En aquest sentit, -continuant amb l'argument del paràgraf anterior- el dany és l'aspecte més rellevant de la relació jurídica que s'origina en un fet danyós i per això, la qüestió de la reparació domina en l'àmbit de la responsabilitat civil. Però això no vol dir que la responsabilitat de l'Administració i del dret Penal no tinguin un paper rellevant en aquest aspecte sinó tot el contrari, entre ells no s'exclouen, existeixen connexions i interaccions¹⁵.

En conclusió, veiem doncs que un mateix cas es pot analitzar des de diferents àmbits normatius. També pot passar -com en el supòsit que estem analitzant-, que aquestes connexions i interaccions es donin entre la normativa d'una mateixa disciplina jurídica. Dit amb altres paraules: que sobre una mateixa situació amb iguals característiques es puguin aplicar dues normatives diferents com es el cas del règim de responsabilitat civil del medicament que es troba regulada en l'àmbit específic del Dret del Consum i en el del Dret Civil Comú. I les preguntes que ens podríem fer en aquest punt són: si haguéssim de resoldre actualment un cas similar, per quina via hauríem d'anar, per la de la responsabilitat del 1.902 CC o bé per la legislació especial que presenta el Dret del Consum per producte defectuós?. I l'altra pregunta: Es donaria la mateixa solució en ambdós casos?.

14. SARRATO MARTÍNEZ (ob. cit., p.41 i ss)

15. SARRATO MARTÍNEZ (ob. cit., p.41 i ss)

En aquest cas, les parts van anar per la via de la responsabilitat per danys del 1.902 CC ja que en aquell moment, encara no existia cap regulació específica del consumidor a Espanya. Tot i així, crida l'atenció que encara que a Instància i a l'Apel·lació es solventa amb la mateixa normativa del Código Civil Espanyol, s'han donat solucions diferents –com ja s'ha vist en el fallo de les sentències- establint-se una contradicció.

“En el momento de los hechos regian en España las Ordenanzas aprobadas por el Real Decreto 18 de abril de 1860, en cuyo artículo 15 se indicava que: *“los farmacéuticos responden de la buena calidad y preparación, así como de los medicamentos galénicos o de composición no definida, que naturalmente elaboraran en su oficina, como de los medicamentos o productos medicinales químicos de composición definida (...)”*, y la Ley de Bases de 25 de noviembre de 1944, así como el Real Decreto 2464/63, de 10 de agosto, del Ministerio de Gobernación, de Especialidades farmacéuticas, todas ellas derogadas por la Ley 25/90, de 20 de diciembre. Es curioso como en la exposición de motivos de esta norma, como destaca la demandante en su escrito, se hace una referencia explícita a la “catástrofe de la talidomida” para referirse a una “segunda generación de leyes” (...). Al amparo de esta nueva corriente se dictó la Ley 22/94, de 6 de julio, de productos defectuosos (...) en el mismo sentido se contempla la regulación de los productos defectuosos para el caso de los medicamentos en el vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y deroga la Ley 22/94).

No se pasa por alto que la acción de la demandante no se basa en esta específica regulación de productos defectuosos, inexistente en aquel momento, sino en la legislación sustantiva que regula la responsabilidad extracontractual, con mención genérica al cumplimiento de las obligaciones, pero, sin duda, su espíritu puede ser tenido en cuenta en orden a poner de manifiesto la protección reforzada que históricamente se ha ido otorgando a los daños derivados del consumo de medicamentos, lo que resultava, igualment, de las previsiones del artículo 28 de la Antigua Ley de Protección de los Consumidores de 1984”¹⁶

16. SJPI nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013, (AC2288), FJ 5 (*de la responsabilidad de la demandada. Falta de diligencia*).

Respecte la primera qüestió que ens plantegem, s'ha de dir que l'àmbit de la responsabilitat extracontractual¹⁷ es basa en la regla *neminem laedere* (no fer dany a altri) com a norma fonamental de la vida en societat. A més a més, en el present cas, podria dir-se que és especialment rellevant al estar davant d'una relació tuïtiva i així ho recalca la sentència a la que anteriorment hem fet referència quan diu:

“ (...) pero, sin duda, su espíritu puede ser tenido en cuenta en orden a poner de manifiesto la protección reforzada que históricamente se ha ido otorgando a los daños derivados del consumo de medicamentos”

Aquest principi *neminem laedere* abarca tant els articles tradicionals 1.902 a 1.910 CC on més concretament el 1.903 CC¹⁸ diu que els administradors dels laboratoris farmacèutics responen a més a més dels fets i omissions pròpies, dels que depenen d'ells. Com també els preceptes 128 a 149 del TRLGDCU en el que es regula la responsabilitat per danys als causats a productes, béns i serveis defectuosos en una relació de consum.

Responent a la pregunta, podríem dir que la raó de ser de la coexistència de dos sistemes de responsabilitat susceptibles de regular un mateix supòsit, ha estat la conseqüència de la tendència en el nostre sistema de l'objectivització del dany¹⁹ durant aquests últims anys. VÁZQUEZ BULLA²⁰ explica que es feia patent en la

17. A SARRATO MARTÍNEZ (ob. cit., p.52) es cita a l'autor AVILÉS MUÑOZ, i com bé assenyala aquest últim, en aquest punt s'ha de tenir en compte un altre debat candent actualment. Aquest és si la relació entre els laboratoris farmacèutics incumbeix també una responsabilitat contractual, basada en l'existència d'un contracte entre el fabricant del medimanet i l'usuari i per tant, si la responsabilitat és extracontractual o contractual.

18. 1.903, 4 CC: *Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.*

19. STS de 10 de juliol de 1943 *"Por otra parte, la industrialización plantea nuevos escenarios inexplorados, aún no previstos legalmente y que dieron como resultado la inversión de la carga de la prueba hacia el causante del daño"* (en cita de VÁZQUEZ BULLA, Cristiano. "La responsabilidad civil por los productos defectuosos a la luz de la nueva ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial", *Revista de Derecho UNED*, núm.14, 2014. pàg. 719)

20. *"La mejor doctrina advertía que estos preceptos del Código Civil resultaban insuficientes, ya que no incluían ciertos supuestos (...) o resultaba criticable la excesiva brevedad de los plazos de*

societat la necessitat d'ampliar el marc de protecció de la responsabilitat extracontractual a favor del consumidor per evitar la llacuna legal que s'anava formant arrel dels supòsits nous que anaven sorgint al avançar la ciència.

També podríem afegir a aquest argument que un dels principis que estableix la primera Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris (Llei 26/1984) -i també ho perfecciona i manté l'actual Text Refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris (Reial Decret 1/2007) o també TRLGDCU al transposar-se la Directiva 2011/83, de 25 d'octubre-, és el dret dels consumidors a ser indemnitzats pels danys i perjudicis causats pel consum de béns o la utilització de béns i serveis (art. 128 TRLGDCU) entre el que es troba el medicament²¹. Això vol dir que la indemnització és l'obligació que sorgeix al causar un dany a altri que no tenia el deure de suportar. No obstant, el dret a ser indemnitzat és un principi que ja existia en el nostre sistema abans de l'entrada en vigor de la normativa de protecció dels consumidors doncs ja es preveu a l'article 1.902 CC com un deure general quan s'estableix la obligació de reparar el dany causat. No obstant, encara que no s'hagués contemplat aquest dret de manera expressa a la nova normativa de consum o en el Dret Comú, igualment seria un dret exigible en el nostre sistema al trobar-se a la base del nostre Dret, doncs en últim terme és un principi tradicional que ja es preveia en el Dret Romà i que sempre s'ha mantingut, salvant les possibles diferències i matitzacions que s'han anat produint en base a l'evolució històrica del sistema del Dret de Danys com ja hem vist.

En definitiva, ha quedat clar que ens trobem davant la concurrència de dues normatives aplicables, una general i una altra d' específica i la solució serà recórrer al principi general *lex speciali derogat generali*. Així també ho preveu la normativa especial en el seu article 128 TRLGDCU quan admet la compatibilitat del règim de responsabilitat per defecte de producte amb qualsevol altre règim de

prescripción o caducidad. Por otra parte, la industrialización plantea nuevos escenarios inexplorados, aún no previstos legalmente (...).Esto aconsejaba ampliar la protección del consumidor como parte más débil" Vid. VÁZQUEZ BULLA (ob. cit., p. 719).

21. L' article 8 a) del TRLGDCU disposa com a dret bàsic del consumidor la protecció contra els riscos que puguin afectar la salut o la seguretat a més a més de dedicar-hi el capítol III del Llibre I sencer.

responsabilitat extracontractual que tingui un fonament de responsabilitat diferent.²²

“Artículo 128. *Indemnización de daños.*

Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios.

Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar.”

La segona qüestió que ens preguntem és si els diferents règims en aquest cas ens portarien o no a una mateixa solució. Doncs bé, dit en línies generals, el règim de responsabilitat del TRLGDCU està subjecte a un termini de prescripció de tres anys (143 TRLGDCU) i en el Código Civil Espanyol a diferència, es preveu un any (1986.2 CC). Pot ser útil comentar una de les reflexions que fa SALVADOR CODERCH²³ sobre l'absència de la institució de la preclusió en l'àmbit de la responsabilitat extracontractual del Código Civil Espanyol i és que una de les característiques principals de la preclusió, és que ofereix un termini legal de garantia en la que un cop transcorregut aquest, es limita la interposició de les possibles pretensions. És a dir, s'extingeix la possibilitat de reclamar. I el fet de que no es contempli un termini legal de preclusió per aquest supòsit en el Código Civil Espanyol, fa que es compliqui la qüestió de la prescripció ja que la preclusió, com s'ha dit, és un mecanisme de protecció que en molts casos evitaria la incertesa jurídica que produeixen les pretensions derivades de la responsabilitat civil²⁴.

22. SALVADOR CODERCH, Pablo i altres, "Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº90 Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida", *InDret*, núm.1, 2014. p. 12.

23. SALVADOR CODERCH (ob. cit., p.12 i ss).

24. En opinió de SALVADOR CODERCH (ob. cit., p.12 i ss) "*El Código Civil de 1889 no desconocía la técnica de las reglas de preclusión, pues incluyó una de responsabilidad decenal en*

Aquest autor no obstant, raona que el motiu de que no figuri la preclusió en la responsabilitat civil, no és que el legislador ignorés en aquell moment la figura (doncs es preveu la responsabilitat decenal en el 1.591 CC), sino que mai no la va preveure perquè actués com una regla general per a les pretensions civils o per a les derivades de la culpa.

A diferència, aquesta regla general sí que es troba recollida a la norma especial d'àmbit estatal TRLGDCU (art. 144) i al CCCat (art. 121-24) de manera que si s'apliqués aquesta regulació, un cop passats ininterrompudament 10 i 30 anys respectivament, s'extingiria totalment i de manera automàtica la responsabilitat per danys. Independentment de que hagin concorregut o no causes de suspensió o que les persones legitimades per a exercitar-la no hagin conegut o no ho hagin pogut conèixer les dades o les circumstàncies en matèria de còmput de terminis.

“Artículo 144 TRLGDCU. Extinción de la responsabilidad

Los derechos reconocidos al perjudicado en este capítulo se extinguirán transcurridos 10 años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial.”

“Art. 121-24 CCCat. Plazo de preclusión

Cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso ininterrumpido de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido causas de suspensión o que las personas legitimadas para ejercerla no hayan o no hayan podido conocer los datos o las circunstancias a las cuales hace referencia el artículo 123-23, en materia de cómputo de plazos.”

El precepte del CCCat -molt més precís que el del TRLGDCU- remarca la inflexibilitat del termini al disposar que independentment de les possibles causes de suspensió o de que les persones legitimades per a exercir-la no hagin o no hagin pogut conèixer els fets generadors del dany. Un cop hagin passat 30 anys

el art.1.591 CC para la responsabilidades derivadas de defectos en la construcción, pero nunca ha predisposto una solución general para las pretensiones civiles ni, en particular, para las pretensiones derivadas de responsabilidad civil por culpa o negligencia (...) Es decir, aún hoy las víctimas de daños causados por los defectos de los productos, cuando el defecto se debe a culpa del fabricante, no están sujetas a plazo de preclusión alguno.”

des del naixement del dany, s'extingiran els drets del damnificat o dels seus representants per a reclamar. En canvi, el TRLGDCU disposa un *dies a quo* del tot objectiu, gairebé impossible de crear confusions al disposar com a criteri per a l'inici del còmput 10 anys a partir de la posada en circulació del producte concret causant del dany.

En quant a les normes de prescripció, el TRLGDCU especifica, a l'article 143 un termini de 3 anys que començarà a comptar des de la data en que el damnificat va patir el perjudici, ja sigui per defecte del producte o bé, pel dany que aquest defecte li va ocasionar, sempre i quan es coneixi al responsable d'aquest perjudici. També es preveu un termini de 3 anys per aquest tipus de responsabilitat a l'article 121-21 del CCCat a comptar a partir del dia inicial que es confegeix amb els elements tradicionals que es presenten a l'article 121-23.1 CCCat²⁵: principi de l'*actio nata* i l'*agere non valenti non currit praescriptio* i l'element nou: de que sigui exercible²⁶. Pel CC s'estableix l'annualitat en el 1.968.2 CC i prèn com a *dies a quo* per a l' inici del còmput "*desde que lo supo el agraviado*" amb les matitzacions que veurem més endavant. Aquests dos últims basats en criteris subjectius.

Els preceptes 144 TRLGDCU i 121-24 CCCat pel que fa a la preclusió i 121-21, 143 TRLGDCU i 1.968.2 referents a la prescripció basats en criteris objectius fixen uns terminis amb una amplitud molt diferent entre ells. I l'explicació al nostre entendre més raonable és considerar que simplement es tracta d' una qüestió de caràcter històrica²⁷ ja que tradicionalment els terminis de preclusió i prescripció dels preceptes catalans han estat molt més amplis que els fixats per les normes estatals.

25. El precepte 121-23.1 disposa que: *El plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse.*

26. En opinió de BADOSA COLL, Ferran. "Els fets jurídics, el pas del temps i els efectes jurídics que produeix", a BADOSA COLL, Ferran (Director) i MARSAL GUILLAMET (Coord.), *Manual de Dret Civil Català*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2003, pp.101-136.

27. En opinió de BADOSA COLL, Ferran, (op. cit., p.111).

Vist el que caracteritza el sistema de responsabilitat civil tradicional i l'especial del consumidor, si s'hagués resolt amb les normes del Dret del Consum, podríem arribar a concloure que el Jutjat i el Tribunal sí que haurien arribat a la mateixa solució entre ells: les accions d'AVITE haurien preclòs. Dit amb altres paraules el termini de preclusió que preveu l'article 144 TRLGDCU és de 10 anys, a comptar des de que es va posar en circulació el producte concret causant del dany sempre i quan durant aquell període no s'hagués iniciat la corresponent reclamació judicial. En aquest cas, queda constatat que la farmacèutica alemana obté i introdueix la denominada molècula talidomida al mercat europeu l'any 1957 i per tant al 1967 ja s'han de considerar extingits els drets per a reclamar. I en el millor dels casos, començant a comptar a partir de la posada en circulació del medicament a Espanya (any 1959), els drets del perjudicat igualment ja haurien preclòs. A més a més l'acció s'interposa el 17 de febrer de 2012, una data molt posterior.

"1.- En el año 1954, la farmacéutica alemana Chemie Grünenthal GmbH obtiene la molécula de alfa-ptalidimo-glutarimida, denominada talidomida, catalogada como sedante e hipnótica. Se introdujo en el mercado europeo el 1 de octubre de 1957 (...)

2.- Desde junio de 1957 a diciembre 1960 se autorizan en España diversas especialidades farmacéuticas con el principio activo de la talidomida (...)"²⁸

Una altra diferència amb la que hauríem de fer front en el supòsit de que arribéssim a aplicar el TRLGDCU, és la qüestió de la prova. En el cas de la responsabilitat extracontractual del 1.902 CC, és el damnificat com a regla general qui ha de provar el dany i en canvi les regles de la normativa especial de consum, és el fabricant o l'importador qui té la càrrega de la prova²⁹ ja que en el cas dels medicaments, prima la protecció del consumidor.

28. SAP Madrid, de 13 de octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 13 (*Prescripción. Aspectos fácticos que han de tenerse en cuenta para determinar el cómputo del plazo*).

29. L'art. 140.3 TRLGDCU exclou als productors (i a les persones responsables del dany) invocar la causa d'exoneració de la responsabilitat pels supòsits fixats pel precepte "*en el caso de los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e*".

5. Breu explicació de les qüestions processals i de fons per a l'anàlisi de les sentències

Un cop vist els fets processals més rellevants, analitzarem els diferents arguments sobre les qüestions de dret que es donen al Jutjat de Primera Instància i a l'Audiència Provincial. Com que la prescripció és el punt clau entorn al que giren les sentències, dedicarem el següent epígraf a aquesta figura. L'altre qüestió de dret que s'analitza, versa sobre el litisconsorci passiu necessari en relació a altres subjectes i entitats jurídico-privades al trobar-nos davant de la "solidaritat impròpia", una figura tant característica en la responsabilitat extracontractual. Com a temes de fons, també es fa referència al litisconsorci passiu necessari respecte l'Administració Pública de l'Estat, a la legitimació activa "*ad processum*" i a la legitimació substantiva.

En quant a l'excepció del litisconsorci passiu necessari i en relació a altres subjectes i entitats jurídico-privades, GRÜNENTHAL argumenta que no només la part demandada, sinó que també altres laboratoris van distribuir medicaments amb el principi actiu de la talidomida.

A Primera Instància es soluciona erròniament amb la doctrina de la solidaritat impròpia el litisconsorci passiu necessari.

"La circunstancia de existir varios laboratorios que distribuyeron medicamentos con el principio activo de la talidomida no es negada por la actora, que incluso la pone de relieve en el escrito de la demanda (...), teniendo en cuenta la naturaleza de la acción ejercitada y las circunstancias concurrentes, es plenamente aplicable a este supuesto la doctrina de la solidaridad impropia (...)"³⁰

30. SJPI nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013, (AC 2288), FJ 5 (*de la responsabilidad de la demandada. Falta de diligencia*).

Doncs bé, l'excepció del litisconsorci passiu necessari, ha estat una creació de la doctrina jurisprudencial³¹ que justifica la necessitat d'evitar que puguin resultar afectats per la resolució judicial aquells qui no han estat escoltats ni vençuts a judici³². I en els aquests casos, en els que quan s'ha produït un dany, no és possible discernir la quota de responsabilitat que correspon a cadascú, diu també la doctrina que en els supòsits de culpa extracontractual admet la solidaritat impròpia³³ “es doctrina consolidada que la participación de diversos gentes en la producción del daño mediante culpa extracontractual, en cuanto ordinariamente puede dar lugar a una solidaridad impropia, no exige que se demande a todos los posibles responsables”³⁴

La solidaritat impròpia, té el seu origen en els articles 1137 a 1148 CC, preceptes que regulen la responsabilitat solidària en el règim contractual. Se l'anomena impròpia precisament per aquest motiu, per distingir-la dels supòsits contractuals³⁵.

En cas d'aplicar-se aquesta doctrina de la solidaritat impròpia, es permetria que el damnificat (AVITE en aquest cas), pogués dirigir-se contra qualsevol laboratori que va comercialitzar amb medicaments que contenien la talidomida³⁶. Però aquí s'ha de fer un matís important, i és que com bé diu la sentència d'apel·lació, és necessari que el dany hagi estat el resultat del comportament de tots els laboratoris. I en aquest cas, qui va obtenir la talidomida al 1954 va ser GRÜNENTHAL i el seu representant a Espanya va ser MEDINSA.

31. STS de 29 de gener de 2014 que cita la SAP Madrid, de 13 de octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 11 (*Falta de litisconsorcio pasivo necesario en relación otros sujetos y entidades jurídico-privadas*)

32. STS de 29 de gener de 2014 que cita la SAP Madrid, de 13 de octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 11 (*Falta de litisconsorcio pasivo necesario en relación otros sujetos y entidades jurídico-privadas*).

33. SALVADOR CODERCH (ob. cit., p.24)

34. STS de 7 de setembre de 2006 que cita SAP Madrid, de 13 de octubre de 2014, (RJ 1531).

35. SALVADOR CODERCH (ob. cit., p.24)

36. STS de 29 de gener de 2014 que cita la SAP Madrid, de 13 de octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 11 (*Falta de litisconsorcio pasivo necesario en relación otros sujetos y entidades jurídico-privadas*).

“Sin embargo, tal conclusión implicaría desconocer la doctrina jurisprudencial que hemos reseñado al entender que para ser de aplicación la solidaridad impropia no bastará con señalar a varias personas como integradas en un grupo determinado (...) y con la posibilidad de atribuir el daño, sino que es preciso que el daño haya sido el resultado del comportamiento de todas, aunque no sea posible individualizar la concreta aportación causal de cada una. Esto último, “prima facie”, no podría apreciarse en el presente supuesto, (...) el daño en cuanto a cada uno de los afectados no podría atribuirse a la totalidad de las especialidades comercializadas (...) por lo que no se da el requisito de poder atribuir el daño al comportamiento de todos los laboratorios farmacéuticos”³⁷

El Tribunal de l'Audiència Provincial acaba dient que sí que s'haurà d'observar la solidaritat impròpia respecte MEDINSA i els altres laboratoris que van comercialitzar especialitats amb el principi actiu adquirit per GRÜNENTHAL, però no podrà apreciar-se l'excepció del litisconsorci passiu necessari respecte aquests laboratoris al tractar-se de dos excepcions contradictòries.³⁸

6. La institució de la prescripció

6.1. Prescripció de l'acció per reclamar

Tant la prescripció com la preclusió i la caducitat són institucions que extingeixen drets i accions. Ja hem vist als epígrafs anteriors en què consisteix la preclusió. Ara, per tal d'introduir el tema, pot resultar d' utilitat veure a *grosso modo* les principals característiques de la institució de la caducitat³⁹ per després poder-nos

37. SAP Madrid, de 13 de octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 11 (*Falta de litisconsorcio pasivo en relación a otros sujetos y entidades jurídico-privadas*).

38. SAP Madrid, de 13 de octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 11 (*Falta de litisconsorcio pasivo en relación a otros sujetos y entidades jurídico-privadas*).

39. La caducitat és un concepte que s'ha desenvolupat en base a la doctrina científica i a la jurisprudència. És una institució que no es troba clarament individualitzada respecte de la

centrar en la figura de la prescripció. Cal dir, però, que com a regla general –com és el cas de la responsabilitat extracontractual-, la prescripció exclou la caducitat i viceversa.

Molt breument podriem dir que la caducitat *es refereix als drets que neixen amb un termini de curta durada i que passat aquest, desapareixen, de manera que el temps transcorre inexorablement sense possibilitat alguna d'interrompre's, determinant finalment la seva extinció "ipso iure"*⁴⁰. Tenint en compte aquesta explicació, s'observa que la caducitat presenta tres característiques: La primera és que el termini és susceptible de paraitzar-se o suspendre's; La segona que es pot apreciar d'ofici; I la tercera, que la càrrega de la prova correspon a qui exercita l'acció, ja que del que tracta és que es provi que el dret que s'exercita continua vigent.

Centrant-nos en la institució de la prescripció⁴¹ podem definirla⁴² com aquella forma d'extinció dels drets i accions com a conseqüència del no exercici del titular de la corresponent relació jurídica pel temps establert per la llei excepte quan hi ha un reconeixement per part del subjecte passiu ja que no només es tracta del simple transcurs del temps com diu la literalitat del 1.961 CC, o del no exercici del dret o de l'acció durant aquell temps, sino que el fet de que no hagi hagut reconeixement del dret per part del subjecte passiu fa que cobri especial importància, ja que en cas contrari, s'interromprà el temps.

prescripció. A diferència del CC que no dedica en exclusiva cap precepte a la caducitat, el CCCat hi dedica el capítol II del Llibre Primer (articles 122-1 a 122-5 CCCat). En quant als terminis s'ha de dir que tant el CC com el CCCat no ho preveuen de forma general sinó que ho deixen per a cada poder jurídic en particular. Els terminis són diversos en funció dels casos.

40. GALLARDO CASTILLO, María Jesús, "Acción y procedimiento de responsabilidad", a GALLARDO CASTILLO, María Jesús (Directora) i CRUZ BLANCA, María José (Coord.), *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, Madrid, 2011, p. 498.

41. A diferència del CC en el que la regulació de la prescripció es troba dispersa, en el CCCat trobem la seva regulació als articles 120-20 a 120-23.

42. LACRUZ BERDEJO, José Luis; i altres, *Parte General del Derecho Civil. El Derecho Subjetivo*, Vol. III, Bosch, Barcelona, 1990, p. 352 i ss.

També sobre aquest aspecte, l'autor DÍEZ-PICAZO⁴³ convida a una reflexió que reproduïxo literalment: *No es bastante valorar la situación desde el punto de vista del sujeto titular del derecho, sino que hay que considerarla también desde el punto de vista al sujeto que será beneficiado por la prescripción. Desde el primer punto de vista, lo que hay que preguntarse es a partir de qué momento debería esperarse de una persona diligente la acción o la respuesta. Desde el punto de vista de la otra parte, la pregunta es en qué momento y bajo qué circunstancias objetivas es razonable dar un significado al comportamiento omisivo al deudor.* Podria dir-se que per al titular actiu de l'acció que és el perjudicat, la prescripció li esdevé un perjudici però en canvi, pel titular de la posició passiva contra qui s'està exercitant la pretensió com és l'obligat, li és un benefici ja que pot oposar-se a la reclamació. Això vol dir que a manca d'oposició, l'obligat deixa de tenir aquest mecanisme de protecció.

En canvi, en això BADOSA afegeix que per ambdúes parts el termini de prescripció al·ludeix a un benefici comú: *“Vol dir que la prescripción és una defensa del beneficiat a la qual no pot renunciar via pacte, (...) però també per al perjudicat o titular actiu de la pretensión que ha de disponer d'un período mínimo de temps per a ejercitar-la”*⁴⁴.

Per això, resulta de gran importància la determinació dels terminis de la prescripció de la responsabilitat extracontractual, que segons l'article 1.968.2º CC prescriuen pel transcurs d'un any. Aquesta brevetat ha comportat que el legislador intenti compensarla amb l'adopció d'un criteri subjectiu (“desde que lo supo el agraviado”) per determinar l'inici del còmput del termini⁴⁵. I la jurisprudència per aquesta raó el *dies a quo* l'interpreta en sentit ampli, cosa que com veurem dificulta la seva concreció a l'hora de determinar-lo. Per tant, s'haurà de tenir molt

43. DÍEZ-PICAZO, Luis. *La prescripción extintiva en el código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Aranzadi, Madrid, 2003, p. 128.

44. BADOSA COLL, (op. cit., p.107).

45. En opinió de ASÚA GONZÁLEZ, Clara. "La Responsabilidad I", a PUIG I FERRIOL, Lluís (Director), *Manual de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p.476.

en compte la jurisprudència com veurem més endavant ja que una problemàtica que es presenta actualment són precisament les prescripcions de termini breu com la que es disposa per a les accions de responsabilitat extracontractual.

En el CCCat, la prescripció està regulada als articles 121-1 a 121-23⁴⁶. Pot resultar d'interès apuntalar que l'objecte de la institució varia respecte el Código Civil Espanyol, doncs en el català és la pretensió. També la durada dels terminis legals de la prescripció són diferents respecte del estatals. Pel que ens interessa, el termini de prescripció fixat en l'àmbit de la responsabilitat extracontractual és de tres anys enfront l'any previst en l'estatal (1.968.2 CCe). És l'anomenat *termini breu* previst al 121-21 CCCat⁴⁷ a) per a les obligacions periòdiques de venciments per anys o menors; b) els arrendaments de serveis i obres, c) els preus en les vendes de consum i d) la responsabilitat extracontractual. A diferència, el CCCat ofereix al precepte 121-22 CCCat un termini anual de prescripció únicament per a les pretensions possessòries.

De la mateixa manera que qualsevol tipus d'acció,⁴⁸ -un cop vist el termini d'inici de la prescripció de l'acció de danys-, aquest comença a córrer quan es donen els requisits de que l'acció d'indemnització de danys hagi nascut i sigui jurídicament exercitable, que el creditor (damnificat) coneixi els fets que originen el naixement de l'acció de danys i la identitat del subjecte responsable del dany, i que el damnificat tingui la possibilitat real d'exercitar l'acció indemnitzatoria.

46."La competència legislativa en prescripció s'ha considerat erròniament processal per la STC 37/1995, de 7 de febrer. La STC 156/1995, de 26 d'octubre, FJ 5 i 6 ha considerat que no ho és per als drets creats per un Dret autonòmic" (BADOSA COLL, ob. cit., p. 107). També tenint en compte l'opinió d' ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, ("La prescripción en el Derecho Civil de Catalunya: ¿es aplicable la normativa catalana solamente cuando existe regulación propia de la pretensión que prescribe?", *Indret*, núm 2, 2011): "Pel que fan les obligacions extracontractuals, la relació del dret civil català considerat dret comú envers al també dret general estatal, s'haurà de realitzar conforme les normes interregionals de l'article 10.9 CCe en relació al 16.1 CC"

47."La STC 42/2013, de 14 de febrer de 2013, ha inadmet la qüestió d'inconstitucionalitat plantejada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Lleida en relació amb l'apartat d) d'aquest article relatiu a la responsabilitat extracontractual" Vid. comentari a l'article 121-21 del Codi Civil de Catalunya elaborat per l'Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la UdG amb el suport del Departament de Justícia i de la Generalitat de Catalunya.
<http://civil.udg.es/normacivil/cat/ccc/Index.htm>

48. MARÍN LÓPEZ, ob. cit., p.163.

6.2. Principis sobre els que s'assenta l'inici del còmput de la prescripció. Especial referència a la fixació del *dies a quo* del fet danyós en l'àmbit de la responsabilitat civil

Pot deduir-se que la prescripció és una figura rellevant en el nostre sistema doncs permet donar seguretat jurídica a les diferents pretensions que sorgeixen dia a dia i evita que el deutor visqui en una situació d'incertesa mentre el creditor té la possibilitat d'exercir el seu dret d'accionar. En resum, podria dir-se que el principi de seguretat jurídica que es contempla a l'article 9.3 CE és la raó de ser de la figura de la prescripció.

En la posada en pràctica d'aquest principi, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem l'encamina a interpretar restrictivament al estar davant d'una institució fonamentada en l'abandonament o el cessament de l'exercici d'un dret⁴⁹. Dit amb altres paraules, la prescripció produeix els seus efectes pel transcurs del temps fixat per la llei quan el creditor no hagi exercitat el seu dret així com tampoc el deutor no l'hagi reconeguda. D'aquesta manera posa de manifest a les sentències STS de 31 de gener de 1983 (RJ 401), 2 de febrero (RJ 570) i 16 de juliol de 1984 (RJ 4073) i 3 de febrero de 1987 (RJ 675) entre d'altres:

"(...) siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el

49. STS 3 de febrer de 1987, (RJ 675) "*Esta construcción finalista de la prescripción, verdadera "alma mater" o "pieza angular" de la misma, tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades, com en consideraciones de necesidad y utilidad social (...), cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y si por el contrario lo está el afán o el deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias*". que es cita a ICAB, "La prescripción de las acciones en el Derecho catalán por culpa extracontractual y su incidencia en el ámbito de la RC", *Documentación para el Congreso de RC*. 31 de marzo de 2006), a <http://www.icab.cat/archivos/242-46349-DOCUMENTO/DocumentacioCongresoRC2006.pdf?download=1>

*de seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva*⁵⁰”.

També la sentència de l'Audiència Provincial que estem analitzant, amb cites de sentències més recents:

"En primer lugar no podemos obviar la doctrina jurisprudencial que orienta a interpretar restrictivamente la prescripción por no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido (por todas STS 2 abril 2014 recurso 608/2012), máxime cuando en los supuestos de responsabilidad extracontractual el plazo es indudablemente corto; empero, ello no nos puede llevar a una interpretación tan laxa que implique vulnerar el citado principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución Española, que es fundamento, a su vez de la prescripción (STS 29 de enero 2014, recurso 2509/2011)"⁵¹

Vist l'exposat podem concloure que és necessari que passi un determinat període de temps on el creditor tingui la possibilitat d'exercitar el seu dret abans de que la prescripció iniciï els seus efectes. I per això, resulta d'especial rellevància fixar amb precisió la data exacte (el *dies a quo*) de quan comença a transcórrer el termini, ja que només d'aquesta manera es podrà saber si la pretensió ha prescrit o no.

De manera doctrinal⁵², el criteri del *dies a quo* pot basar-se en un criteri objectiu o subjectiu. Quan parlem del criteri objectiu es diu que es fa dependre l'inici del còmput en una dada objectiva com és la pretensió o l'entrega d'un be. Quan es

51. SAP Madrid de 13 d'octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 12 (*Prescripción, cuestiones generales*)

52. A la SAP Madrid de 13 d'octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 12 (*Prescripción, cuestiones generales*) "El Tribunal Supremo ha admitido esta doble posibilidad de configurar el *dies a quo*. La STS 24.9.1965 establece que "en el terreno teórico o doctrinal, cabe la adopción de un criterio meramente *objetivo* que únicamente haga referencia a la producción del hecho, con independencia del conocimiento que del mismo pueda tener el accionante, o desde un punto de vista *subjetivo* exigiendo que la realización o efectividad de esta sea conocida por el agraviado, ya que este daño puede manifestarse antes de la voluntad de ser indemnizado de acuerdo con la ley, dado que *nihil volitum nisi praecognitum*, y si el primer criterio lo abonan razones de certeza jurídica, el segundo lo ofrece como más razonable y equitativo, siendo, en definitiva el adoptado por el art. 1.968, núm. 2 CC."

tracta d'un de subjectiu diem que és el coneixement dels fets que donen lloc al naixement de la pretensió per part del creditor. Una altra diferència és que en l'objectiu, no es tenen en compte les circumstàncies personals del creditor i tampoc si es coneixia o no l'acció o algú dels elements que el configuren a diferència del subjectiu que si que es té en compte.

Pot resultar d'interès transcriure una reflexió de MARÍN LÓPEZ⁵³ respecte la regulació d'aquesta institució en el Código Civil espanyol.

"La regulación de la prescripción en el Código Civil es absoleta, confusa, incompleta e inadecuada, y por ello precisa de una completa reforma. En lo que al Código Civil se refiere, existen varios (demasiados) plazos de prescripción, algunos de ellos demasiado largos (pe., quince años en el art. 1964 CC, o treinta años en el art. 1963 CC), y otros por el contrario excesivamente breves, como sucede con los daños extracontractuales (art.1968 CC). Esto hace que los Tribunales "fuercen" la interpretación, para conseguir la aplicación de los plazos más largos con el fin de evitar una resolución (que admita la prescripción) que ellos consideran claramente injusta. El inicio del cómputo del plazo es insatisfactorio, pues junto a un criterio subjetivo (art.1968.2º CC) coexiste otro criterio aparentemente objetivo (art. 1969 CC), además de otros preceptos que fijan el *dies a quo* en momentos distintos."

El criteri objectiu és el que presideix la regla general del 1.969 CC. No obstant, aquesta regla general només s'aplica en tant que no hi hagi cap disposició especial que indiqui un termini diferent per al començament del còmput de la prescripció. D'aquesta manera, es facilita que s'introdueix clarament el criteri subjectiu en els diversos terminis especials que es presenten en el Código Civil Espanyol. Un exemple el tenim en el precepte 1986.2 sobre les accions de responsabilitat extracontractual. Aquest diu que les accions prescriuen a l'any a partir del moment en que "lo supo el agraviado". Això porta a que ens trobem amb un problema important en el camp de la prova al situar-nos en un terreny subjectiu. Podriem dir a mode de conclusió que d'acord amb l'anàlisi de MARÍN LÓPEZ,⁵⁴ trobem supòsits en el Código Civil Espanyol que utilitzen criteris objectius i d'altres que segueixen als subjectius *més enllà de la normativa general*,

53. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., p.16)

54. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., p. 49)

reguladora de la prescripció, en el nostre dret privat existeixen multitud d'accions que tenen un específic dies a quo, unes vegades vinculades a fets objectius, i unes a altres, a criteris subjectius.

Breument, pel que fa a la normativa catalana, l' article 121-23.1 CCCat disposa que el termini de prescripció s'inicia un cop la pretensió ha nascut i és exercible. És a dir, quan la persona titular d'aquesta coneix o pot conèixer raonablement les circumstàncies que la fonamenten i la persona contra la qual la pot exercir. L'aparença d'aquest sistema és el d'un sistema mixt⁵⁵, on es combina el principi *actio nondum natae non praescribitur*, és a dir, de la possibilitat jurídica de l'exercici de la pretensió i la regla *contra non valentem agere non currit praescriptio*, que significa que la prescripció no corre contra aquell que no la pot fer valer.

El fet de que ens trobem amb la possibilitat d'estar davant d'un criteri objectiu o subjectiu en la prescripció, té la seva raó de ser i com tot, té els seus avantatges i inconvenients. En un criteri objectiu (ex. 1969 CC), el termini de prescripció resulta relativament llarg ja que garanteix que el creditor al llarg d'aquell període establert per la llei, en algun moment hagi tingut la possibilitat d'exercitar el dret. L'avantatge que té com bé diu MARÍN LÓPEZ⁵⁶, és poder donar certesa al moment en que té lloc l'inici del còmput. D'aquesta manera es permet disposar d'un termini més realista per a cada tipus d'acció. L'inconvenient és que no segueix la línia de la tendència actual d'uniformitat dels terminis.

Per una altra banda, els articles que segueixen un criteri subjectiu presenten uns terminis de duració breu (ex. 1968.2º CC) que no comencen a computar fins que el creditor no s'assebenta dels fets que donen lloc a l'inici de la seva pretensió.

55. "En Cataluña (...) el sistema parece adoptar un sistema mixto, porque incorpora el elemento objetivo del nacimiento de la pretensión juntamente con el elemento subjetivo del conocimiento. Pero en realidad acoge el criterio subjetivo del conocimiento (o más concretamente, de la cognoscibilidad), puesto que lo más decisivo no es que exista una pretensión y que sea objetivamente ejercitable, para su titular, sino que este conozca (o pueda razonablemente conocer) las circunstancias en las que se basa la pretensión y la persona contra la que pueda ejercitarse. Vid. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., p. 42)

56. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., p. 36)

Troblem l'avantatge que es tenen en compte les circumstàncies del creditor i que es segueix la línia de la uniformitat dels terminis. Per contra, resulta molt més costosa la fixació del *dies a quo* al mouren's en un terreny imprecís.

Quan parlem de la fixació del *dies a quo* hem de saber que juguem amb tres principis⁵⁷ que al llarg de la història la jurisprudència i la doctrina ha anat adaptant la seva interpretació. Ens referim a la regla tradicional *actioni nondum non praescribitur* o teoria de l'*actio nata* de caire objectiu, a la regla *contra non valentem agere non currit praescriptio* la traducció del qual vol dir que la prescripció no s'activa contra qui no la pot fer valer i la teoria de la realització basada en el principi de la cognoscibilitat on es determinen uns criteris més subjectius.

Actualment, la tendència jurisprudencial és la d'anar uniformitzant els terminis de prescripció. I per això el Tribunal Suprem ha deixat de banda la rigurositat del criteri objectiu de la teoria del naixement de l'acció, i ho ha moderat amb la consideració de criteris més subjectius⁵⁸ com és el de tenir en compte l'exercici de la pretensió o el moment en que el creditor en té coneixement. Per exemple, la STS de 25 de gener de 1962 (RJ 562) que cita MARÍN⁵⁹ estipula la importància que té aquesta nova línia jurisprudencial. Ara bé, com ja s'ha dit anteriorment quan s'ha fet referència als avantatges i inconvenients de seguir un criteri objectiu o subjectiu, a la pràctica, aquesta nova tendència no resulta fàcil d'aplicació ja que quan s'afegeix un element subjectivista comporta una major susceptibilitat de possibles interpretacions per determinar el *dies a quo*. El cas que estem analitzant és un dels supòsits de la jurisprudència espanyola que il·lustra les dificultats en la que ens trobem a l'hora d'establir el còmput de la prescripció.

57. "L'art. 1.969 CC s'ha d'entendre en el sentit de que perque el termini de prescripció comenci a córrer han de concórrer tres requisits: (i) que la pretensió hagi nascut i sigui jurídicament exercitable; (ii) que el titular de la pretensió coneixi, o hagi hagut de conèixer, d'haver actuat amb la diligència deguda, les circumstàncies que fonamenten la seva pretensió i la identitat del reclamat; i (iii) que el titular pugui realment exercitar la pretensió, això és, que no concorri una circumstància que li impedeixi reclamar" (Vid. MARÍN LÓPEZ ob. cit., p. 72)

58. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., p. 68)

59. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., p. 68)

“para que un derecho prescriba, no basta que haya nacido, sino que, además es necesario que pueda ser ejercitado (...) si el titular de un derecho se encuentra en la imposibilidad de ejercitarlo a consecuencia de un obstáculo cualquiera que proceda, ya de la Ley, ya de la fuerza mayor, o hasta de la misma convención, la prescripción no comienza a correr contra aquel hasta el día en que cesa o desaparece esa imposibilidad (...) nuestro Código Civil, superando la teoría de la *actio nata* (...) acepta la teoría de la realización, que sostiene que pueda ser realizado el derecho que con ella se actúa. Si la prescripción comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular del derecho por una inactividad que le imponía la ley o la propia convención (...).”

El sistema que segueix tant el Jutjat de Primera Instància com el de l'Audiència Provincial de Madrid és el d'un sistema mixt. Utilitzen la Teoría de la Realització per determinar el *dies a quo* i determinar l'existència o no de la prescripció. Reproduim respectivament un fragment de cadascuna de les sentències dels jutjadors.

“Esta doctrina obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento”⁶⁰

“El día inicial para el ejercicio de la acción es aquél en que puede ejercitarse, según el principio “*actio nondum nata non praescribitur*” (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir), este necesario conocimiento (STS de 14 de octubre de 1991) ha de relacionarse con la posibilidad efectiva de ejercitar la acción, de tal manera que la noticia directa de los hechos de los que deriva la responsabilidad ja de conjugarse con el poder de hacer posible su viabilidad, y ello es coherente con la llamada teoría de la realización, según la cual el nacimiento de la acción se produce cuando pueda ser realizado el derecho que con ella se actúa (SSTS de 26 de noviembre de 1943, 22 de diciembre de 1945, 29 de enero de 1962, 19 de mayo de 1965, 10 de octubre de 1977, 29 de enero de 1982).”⁶¹

60. SJPI nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013, (AC 2288), FJ 3 (*de la prescripción de la acción*).

61. SAP Madrid de 13 d'octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 11 (*Falta de litisconsorcio pasivo necesario en relación a otros sujetos y entidades jurídico-privadas*)

Com ja s'ha dit, la regla general de la responsabilitat extracontractual en el 1.969 CC es mou per uns terrenys de caràcter objectiu i que es complementa amb el requisit subjectiu del 1.968.2 CC que complementa l'anterior precepte afegint la informació de que és necessària la consolidació del dany per iniciar el còmput del termini prescriptiu. Sobre aquest punt, hi ha autors com MARÍN LÓPEZ que defensen que la regla subjectiva de l'article 1.968.2 CC sobre el *dies a quo* no és necessària i que pot subsumir-se a la regla general del 1.969 CC, ja que, el 1.968.2º CC demana que el perjudicat hagi conegut l'abast de tot el dany per poder-se consolidar i ser susceptible de ser exercitat i el 1.969 CC per la seva part, diu que s'han de conèixer tots els fets de la pretensió per tal de que s'iniciï el còmput. Tanmateix, en ambdós articles és necessari que el dany susceptible de ser exercitat sigui real i s'hagi conegut tot el seu abast. En certa manera, també així ho manifesta de manera expressa el Tribunal de l'Audiència Provincial de Madrid en la sentència que estem estudiant de 13 d'octubre de 2014⁶² en el text que reproduïm a continuació. I precisament, l'error de la sentència de Primera Instància nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013 és no considerar l'abast real del dany. Basa el còmput de la prescripció en un dany hipotètic.

"La salvaguarda de los principios reseñados (de indemnidad del perjudicado y seguridad jurídica) se traslada, y cobra especial relevancia y complejidad, en la determinación del inicio del plazo descriptivo ("dies a quo") a los efectos tanto del artículo 1968.2 "desde que lo supo el agraviado", como del artículo 1969 "El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse", y su determinación por los Tribunales no tiene sólo un aspecto fáctico, sino también una dimensión eminentemente jurídica, relacionada con la correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables (por todas STS 27 febrero de 2012 recurso 343/2009)."

Arribat aquest punt, podem concloure que per al còmput del termini per a l'exercici de l'acció de responsabilitat per danys, primer de tot és necessari que es conegui l'abast del dany sofert de la que s'entén que l'acció només podrà començar quan sigui possible exercitar-la un cop el damnificat s'hagi assabentat de l'origen del fet

62. SAP Madrid de 13 d'octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 12 (*Prescripción, cuestiones generales*)

danyós i de l'existència de la relació de causalitat. Tanmateix, a la pràctica el principal objectiu és indemnitzar a la víctima, fet que justifica la inversió en aquesta matèria de la càrrega de la prova i el tipus d'imputació actual objectiu.

6.3. La consolidació dels danys corporals per determinar el *dies a quo*

Efectivament, tots els danys en matèria de responsabilitat extracontractual estan subjectes al termini de prescripció del 1968.2º CC i del 1969 CC quan no es disposi de cap regla específica. De totes maneres, en ambdós casos per iniciar l'acció d'indemnització per danys s'han de donar els següents requisits: conèixer el fet danyós, l'existència de la relació de causalitat, la identitat de l'agent, i que es produeixi un dany indemnitzable, real i actual.⁶³ Aquest dany fins que no quedi consolidat no es podrà fixar el *dies a quo*. S'ha de tenir en compte que poden haver-hi moments temporals molt distants entre la producció del fet danyós i fins que s'arriba a tenir el coneixement efectiu del dany⁶⁴.

Per això resulta imprescindible distingir els danys permanents, dels continuats i dels sobrevinguts, ja que depenent de com es qualifiqui el dany d'un supòsit de fet, l'inici per al còmput de la prescripció varia i pot portar a dues solucions amb conseqüències contradictòries com es el cas que estem analitzant. Tant la sentència d'Instància com la de l'Audiència Provincial realitzen un estudi fent un recull de la doctrina jurisprudencial. Finalment el Jutjat d'Instància determina els danys com a permanents i com a conseqüència, el fallo resulta favorable a AVITE. En canvi, el Tribunal d'apel·lació els considera continuats i la resolució acaba essent favorable per a GRÜNENTHAL com s'exposa seguidament al treball.

63. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 162)

64. "El conocimiento del daño ha de ser suficiente como para poder interponer la acción de reclamación del daño, de manera que se tendrá que analizar en cada caso y siempre teniendo en cuenta que el criterio restrictivo en la interpretación de la prescripción supondrá que se preferirá el último momento al inicio del cómputo" (Vid. NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo; VEIGA COPO, Abel. *Derecho de daños*, Thomson Reuters, 2013, pàg 440-442)

Per al Jutjat de Primera Instància, el dies a quo comença a partir de l'entrada en vigor del Reial Decret 1006/2010, de 5 d'agost per al qual es regula el procés de concessió d'ajuts a les persones afectades per la talidomida a Espanya durant el període 1960-1965 que d'acord amb la Disposició Final 4^a és el 7 d'agost de 2010.

"En consecuencia, no cabe duda que en estas personas, las que reciben las ayudas del Real Decreto 1006/10, concurren todos los presupuestos previstos legal y jurisprudencialmente para declarar que son afectados por la talidomida y para establecer la obligación reparatoria de la demandada a la que alcanza la responsabilidad con base a los argumentos desarrollados en párrafos y fundamentos anteriores (...) En cuanto a las restantes personas incluidas en el listado, aunque no ha sido acreditada en autos su condición de beneficiarios de las ayudas del Real Decreto 1006/10, (...) se considera que tal cualidad puede hacerse valer en ejecución de sentencia mediante la aportación del citado documento, sin causar indefensión a la demandada."⁶⁵

I en canvi, l'Audiència Provincial per la diferent interpretació que ha donat als danys respecte de la Primera Instància, considera que no pot començar a comptar a partir del que proposa el Jutjat doncs entén que el tipus de dany i la valoració de la prova s'ha qualificat malament i per tant, és invàlida la data que es proposa.

"En primer lugar, no podemos estar a esta fecha (30-12-2010) para el inicio del cómputo del plazo de prescripción, pues como ya hemos apuntado el diagnóstico seguro o al menos probable, pudieron haberlo solicitado a CIAC (Organismo dependiente de Instituto de Salud Carlos III) mucho antes de que se dictara el Real Decreto 1006/2010, pues como se deriva del documento 57 de la contestación y lo recogido en el Dictamen del Consejo de Estado los diagnósticos se efectuaron en el periodo de 2006-2008, pese a los problemas que se les planteaban, entre otros, el no aportarse la documentación requerida a los socios de AVITE".

En quant als terminis de prescripció a nivell europeu, s'estableixen dos grans models en quant als terminis de prescripció⁶⁶. El dret espanyol segueix el model

65. SJPI nº90 de Madrid de 19 de noviembre de 2013, FJ 6º (*de la acción ejercitada y el daño. Nexo causal. Real Decreto 1006/2010*)

66 "En el derecho europeo esta cuestión ha sido resuelta de dos maneras diferentes. Una primera solución consiste en considerar que todos los daños previsibles constituyen una unidad, que esta sujeta al mismo plazo de prescripción (...) i que comenzará a correr cuando se produzca el daño, y se aplica en principio, a todas las futuras consecuencias dañosas que deriven de este acto antijurídico. La excepción son los daños imprevisibles. Estos están sujetos a un plazo propio de

francès de la "consolidació del dany". Això vol dir que per poder-lo valorar i ser objecte de reclamació es té en compte el dia en que els efectes lesius s'han estabilitzat i es coneix definitivament la transcendència del dany ja que en ocasions ens trobarem amb lesions susceptibles de millorar o empitjorar i en aquest cas haurem d'atenir-nos a l'estabilització del dany. Aquesta línia jurisprudencial de la "consolidació del dany" en el cas de les lesions corporals es relaciona amb l'alta mèdica⁶⁷

Com ja s'ha vist, on entra la dificultat de la prova és en la literalitat de l'expressió "*desde que lo supo el agraviado*" del 1.968 CC. A més a més aquest precepte afegeix que qui determina el dany és el damnificat i en contra d'aquest article, l'autor DIEZ-PICAZO⁶⁸ proposa que la càrrega de la prova estigui a càrrec de l'agent del dany ja que entén que el fet d'haver-ho de provar, per al damnificat suposa un esforç afegit que se li podria evitar pel fet d'haver hagut de patir un dany que no mereixia.

Aquest fet danyós pot produir-se en un moment determinat i tenir caràcter permanent, o bé pel contrari, pot ser continuat manifestant-se el dia a dia⁶⁹. Aquesta distinció problemàtica es fa dependre dels professionals de la Medicina doncs són els responsables en determinar el moment en que es va consolidar el

prescripción, que se inicia cuando estos daños se han producido y el dañado los conoce o los tendría que haber conocido. Actualmente aqueta és la línia que segueixen per exemple els Tribunals a Alemanya i a Àustria. L'altre tractament en les reclamacions de danys corporals, el termini de prescripció solo empieza a correr cuando el daño se ha manifestado definitivamente (...) en el sentido de que la fecha relevante es la de la "consolidación" del daño". Aquesta postura és la dels Tribunals francesos i espanyols. (Vid. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 165 i ss)

67. "*Para estos supuestos el dies a quo se retrasará a un momento posterior: el de la consolidación o estabilización de las lesiones. Algunas sentencias estiman que los daños se han consolidado cuando las secuelas son "baremizables", de acuerdo con el "sistema de valoración del daño personal" de la LRCSCVM (SSTS 26.5.2010, RJ 3491; 18.7.2011, RJ 6123)*" Vid. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 169).

68. El termini legal de prescripció que s'estableix a l'article 1.968.2 CC és "*desde que lo supo el agraviado*". En opinió de DÍEZ-PICAZO (ob. cit. p.128) aquest diu que és discutible que la càrrega de la prova del moment de conèixer el dany recaigui sobre el demandant ja que es podria pensar que no se li han d'agreuja més les condicions d'exercici de l'acció.

69. GALLARDO CASTILLO (ob. cit.,pp. 507 i ss.).

dany⁷⁰. En ocasions aquesta determinació resultarà inexacte i per tant, sustentar l'alta mèdica definitiva com a base objectiva per a un punt de seguretat jurídica no serà sempre del tot eficaç.

6.3.1. Els danys permanents

Tant la jurisprudència que aporta el Jutjat de Primera Instància com el Tribunal de l'Audiència Provincial, qualifiquen el dany permanent com aquell que en un moment determinat té lloc la producció del fet danyós, però l'efecte negatiu persisteix en el temps quedant aquest consolidat. La definició que dóna l'Audiència Provincial ens aporta més matisos

“1.- Daños duraderos o permanentes. Se califican como tales aquellos supuestos en que se continúa el daño, pero no la causa. Ejemplo clásico es una actuación puntual que genera en el sujeto pasivo una enfermedad crónica. El daño duradero o permanente es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del sujeto agente, pero el efecto negativo persiste a lo largo del tiempo, incluso con la posibilidad de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado (STS 30 de noviembre de 2011, recurso 1692/2010). (...)”⁷¹

L'origen d'aquest dany, tant pot ser que efectivament es produeixi després de l'esdeveniment danyós o bé, que en un primer moment es tracti d'un dany continuat i que després de l'alta mèdica es converteixi en permanent⁷².

Per a la concreció de l'inici del termini de prescripció a partir de l'expressió “*desde que lo supo el agraviado*” del 1968.2º CC, en aquest cas, la jurisprudència ha determinat que començarà a córrer en el moment en que les lesions corporals permanents quedin perfectament identificades.

“En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr “desde que lo supo el agraviado”, como dispone el artículo 1968.2º CC, es decir, desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia

70. STS 18 de juny de 2012, (RJ 6849), que cita MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (ob. cit., p.169)

71. SAP Madrid de 13 d'octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 12 (*Prescripción, cuestiones generales*)

72. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 169)

*mediante pronóstico razonable, porque de otro modo, daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento a su vez, de la prescripción*⁷³

Habitualment coincideix que el dany queda perfectament identificat amb l'emissió de l'alta mèdica (dictamen mèdic que conforme al criteri de la cognoscibilitat i previsibilitat mèdica, estableix la naturalesa i l'abast de les seqüeles definitives del dany). Tot i així poden existir casos en que, encara que el pacient rebi l'alta mèdica, els fets no estiguin consolidats i per tant, no s'iniciï el còmput ⁷⁴ o bé, quan es realitzi una predicció raonable de quins seran els efectes lesius mitjançant un “diagnòstic de certesa”⁷⁵ o “pronòstic favorable”⁷⁶.

De manera reiterada la jurisprudència, ha establert que les lesions cròniques han de considerar-se com a danys permanents ja que en aquest tipus de dany el damnificat ja coneix tot el seu abast i té un coneixement complet i exacte⁷⁷ dels defectes permanents originats. Els danys permanents s'esgoten en un moment concret. No obstant, existeix la possibilitat d'agreujar-se el dany per factors aliens a l'acció u omissió del demandat⁷⁸ i això vol dir que un cop produït l'efecte causant de la lesió, el dany es queda determinat i en tot cas, s'haurà de constituir com un fet nou i com bé diu MARÍN LÓPEZ⁷⁹ *no hay razones para retrasar el “dies a quo”*. Per això, en aquest cas, l'inici del còmput es compta a partir de la concreció definitiva de les seqüeles.

73. SAP Madrid de 13 d'octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 12 (*Prescripción, cuestiones generales*)

74. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 169)

75. GALLARDO CASTILLO (ob. cit., pp. 510)

76. SAP Madrid de 13 d'octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 12 (*Prescripción, cuestiones generales*)

77. SJPI nº90 de 19 de novembre de 2013 (AC 2288), FJ 3 (*De la prescripción de la acción*)

78. STS 30 de novembre de 2011 (recurs 1692/2010) que cita SAP Madrid de 13 d'octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 12 (*Prescripción, cuestiones generales*)

79. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 170)

“Este daño aun siendo continuado en sus efectos, dado su carácter crónico, no permite sostener que pueda quedar indeterminado el día a partir del cual pudo ejercitarse. Lo que sucede es que queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas, momento a partir del cual se inicia el cómputo anual” (STS 15.10.2008, RJ 7125). “Lo contrario eliminaría la práctica de la prescripción, pues dada la posibilidad de cualquier nuevo acontecimiento sobrevenido, hasta el fallecimiento del afectado, no comenzaría a computarse el plazo de prescripción aplicable, con la consiguiente creación de una indefinida situación de inseguridad jurídica” (STS 19.1.2011, RJ 298)”

6.3.2. Els danys continuats

Respecte el que caracteritza als danys continuats⁸⁰ podriem resumir-ho dient que és en la seva forma continuada i sucesiva sense interrupcions amb la que es generen, i no tant en el fet de consistir en una activitat antijurídica duradora. Pot servir-nos la definició que ens dóna la SAP, de 13 d'octubre de 2014 en el “Fonament Jurídic 12. *Prescripción, cuestiones generales*” ens dóna una definició.

“2.- Daños continuados o de producción sucesiva, son aquellos en los que la causa que origina el daño se mantiene y, por lo tanto, sigue generando daños. Aunque estamos ante un punto conflictivo en su distinción con los permanentes, por lo que la cuestión puede resolverse desde la propia ambigüedad del concepto de causa. Si causa es acción u omisión causante del daño, la necesidad de persistencia de dicha causa restringiría la prescripción. Si por causa entendemos los efectos, ya no sería así.”⁸¹

Pel que fa al còmput del termini de prescripció de l'acció quan es tracta d'un dany continuat, aquesta tampoc s'inicia fins que no s'ha produït el "resultat definitiu del dany"⁸². El dany s'entén definitiu quan resulta raonablement improbable la

80. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 171)

81. STS 30 de novembre de 2011 (recurs 1692/2010) que cita SAP Madrid de 13 d'octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 12 (*Prescripción, cuestiones generales*)

82. Es cita la STS de 13 de març de 2007 núm. 277/2007 a SALVADOR CODERCH, Pablo i altres. "Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº90 Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida, *InDret*, núm.1, 2014. pàg. 10.

continuació, l'aparició o bé l'agreujament d'aquests. Això és així perquè fins que no s'ha conegut l'abast real del dany resulta impossible la quantificació econòmica de l'indemnització⁸³. No obstant, com diu MARÍN LÓPEZ⁸⁴, que el termini no comenci a computar, no vol dir que el damnificat no pugui interposar l'acció de danys, sino tot el contrari, de seguida que coneixi els símptomes de la lesió ja pot iniciar el procediment per a reclamar.

El Tribunal de Primera Instància, entén que els danys són continuats però que encara no hi ha hagut un resultat definitiu i per això l'acció encara no ha prescrit. També pel que fa l'inici del còmput, podem afegir el que diu l'Audiència Provincial:

“En los casos de daños continuados o de producción successiva no se inicia el computo del plazo de prescripción, hasta la generación del definitivo resultado, si bien matizando que esto es así “cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (SSTS 24 de mayo de 1993, 5 de junio de 2003, 14 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2007), reseñadas en la citada STS 29 de enero 2014 recurso 2509/2011.”

Després de llegir aquest fragment de la sentència, hem de fer un altre matís i és que el còmput del termini de la prescripció s'inicia amb la producció del dany definitiu sempre i quan no sigui possible fraccionar els danys en etapes diferents o fets diferenciats de la serie prosseguida. Per tant, s'ha de distingir en funció de que sigui possible fraccionar o no el dany.

Quan no és possible fraccionar el dany perquè tots es produeixen de forma continua, el *dies a quo* com s'ha dit, s'inicia a partir del dany definitiu. En canvi, quan és possible el seu fraccionament en unitats temporals, com bé diu MARÍN LÓPEZ,⁸⁵ *cada una de estas unidades temporales tiene autonomía propia a efectos del dies a quo, de modo que una vez producidos de manera definitiva los daños en un concreto período de tiempo, se inicia el plazo de prescripción para*

83. GALLARDO CASTILLO (ob. cit., pp. 511)

84. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 172)

85. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 173)

reclamarlos. Tot i així, s'ha de tenir en compte que no sempre serà fàcil la distinció d'aquestes unitats temporals.

6.3.3. Els danys sobrevinguts o secundaris

En base a la jurisprudència del Tribunal Suprem, la sentència de l'Audiència Provincial de 13 d'octubre de 2014, en el FJ 12 (*Prescripción, cuestiones generales*) ens dóna la següent definició:

“3- Daños sobrevenidos. Son aquellos en los que la causa ya desapareció, pero aparecen daños tardíamente. Ejemplo típico de este tipo de supuestos es el lesionado que recibe una indemnización, y años después aparece una secuela no prevista. La STS de 23 de noviembre de 2007 concluye que no había entrado en la disponibilidad del afectado lo que todavía no existía, el daño no aparecido (...)”

Amb aquest tipus de dany és on la jurisprudència troba més dificultats per determinar l'inici del còmput de la prescripció.⁸⁶ D'especial interès resulta la sentència del Jutjat de Primera Instància i la de l'Audiència Provincial que estem analitzant. Recordem que en aquesta, el Jutjat ha considerat que són danys continuats els danys originaris ocasionats en el naixement (immediats) i els posteriors que afecten al sistema nerviós (que haurien d'haver-se categoritzat com a sobrevinguts). L'error del Jutjat malgrat la distinció correcta que fa, és considerar com a un únic dany les lesions manifestades en el naixement del perjudicat amb unes possibles lesions que s'han ocasionat més tard en el sistema nerviós.

“Se trata de daños que si bien pudieran tener también un origen prenatal, no se habían manifestado o conocido como vinculados a la talidomida hasta fechas recientes (...). Se trata de daños absolutamente diferentes a los que podrían considerarse como secuenciales de la teratogenia, pues nada tienen que ver con el acortamiento de extremidades (...)”⁸⁷

86. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 176)

87. SJPI nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013, (AC 2288), FJ 3 (*de la prescripción de la acción*).

I en comptes de determinar el *dies a quo* que determina la jurisprudència per al tipus de dany sobrevingut, fixa l'establert per als danys continuats. De manera que l'inici del còmput de la prescripció el lliga a la publicació de l'informe Heidelberg, moment en que considera que l'abast de les seqüeles ja es pot conèixer totalment. I així ho exposa la sentència de l'Audiència Provincial:

“Lo que nos lleva a entender que las conclusiones del informe no podrían predicarse de todos los afectados por la talidomida, por el contrario, se han de individualizar en cada caso; por consiguiente, la conclusión de la sentencia de instancia de entender que con base a este informe se puede derivar la existencia de daños secundarios, tardíos o de aparición tardía, que implique el inicio del “dies a quo” del plazo de prescripción, entendemos se trata de una conclusión no acorde al informe, pues con la misma (y por la apelada se reproduce en el escrito de oposición al recurso) se produce una generalización que no puede trasladarse a los afectados por la talidomida (...)”⁸⁸

En tot cas, l'inici del còmput serà el moment en que es manifesti de forma definitiva el dany, sempre i quan es conegui de la mateixa manera que qualsevol altre tipus de pretensió, el fet danyós, l'identitat de l'agent del dany i la relació de causalitat⁸⁹. En aquest tipus de dany com diu MARÍN LÓPEZ⁹⁰ és evident que el *dies a quo* no podrà vincular-se a la data de la realització del fet danyós ja que en aquell instant encara no existeix el dany i tampoc una relació de causalitat entre el fet i el dany. És per això que es determina d'acord amb el 1968.2º CC que s'iniciï el termini de prescripció en el moment en que el damnificat tingui coneixement o hagi tingut possibilitat de conèixer els elements integrants del dany. Als països del *Common Law* es coneix com la *discovery rule*.⁹¹

Respecte dels danys sobrevinguts, el punt on més dificultats ens podem trobar és amb determinar si hi ha o no relació de causalitat ja que ens podem trobar amb el

88. SAP Madrid de 13 d'octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 16 (*Prescripción: los denominados daños secundarios, tardíos o de aparición tardía*)

89. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 175)

90. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 174)

91. SALVADOR CODERCH (ob. cit., p.9)

cas que existeixin danys consolidats però que es desconeixi la seva causa⁹². En base a aquest argument, l'Audiència Provincial exposa que no hi ha cap relació de causalitat entre la talidomida i els anomenats “Daños secundarios, tardíos o de aparición tardía” de l'informe Heidelberg.

“De igual modo, respecto de los daños tardíos, el informe no nos dice que los mismos tengan por causa la talidomida, pues sólo se plantea como una posibilidad que debe ser investigada por científicos independientes (...). En consecuencia, el Informe del Instituto de Gerontología de la Universidad de Heidelberg no supone una constatación de los denominados daños tardíos (...)”⁹³

Per concloure el treball, pot resultar interessant exposar la reflexió de MARÍN LÓPEZ respecte la dificultat per a l'indemnització que tenen els danys que es manifesten molts més anys després de que passi el fet danyós. Ho reproduïxo literalment:

“Uno de los mayores problemas de los daños diferidos es su relación con el plazo máximo de duración de la prescripción (plazo de preclusión o *long – stop period*). Si los daños se manifiestan muchos años después de realizada la conducta dañosa, es posible que esos daños no pueden indemnizarse, al haber transcurrido ya el plazo máximo de duración de la prescripción (que normalmente empieza a correr desde el momento en que se produce el evento dañoso). Esta cuestión ha preocupado a los legisladores de los países que tienen un régimen de la prescripción plazos máximos de duración. Para evitar la desprotección del dañado, han instaurado reglas que van al establecimiento de un plazo máximo de duración más amplio para las lesiones personales hasta la eliminación del plazo máximo para este tipo de daños”⁹⁴

No obstant, aquesta de moment no pot ser la solució al cas ja que com s'ha vist el Código Civil Espanyol no compta amb la institució de la preclusió per als casos de les pretensions de responsabilitat extracontractual. Per això, quan un damnificat es troba davant d'un dany sobrevingut en un sistema en que no existeix la

92. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 175)

93. SAP Madrid de 13 d'octubre de 2014, (RJ 1531), FJ 16 (*Prescripción: los denominados daños secundarios, tardíos o de aparición tardía*)

94. MARÍN LÓPEZ (ob. cit., pp. 177)

institució de la preclusió i d'acord amb el que exposa MARÍN LÓPEZ al paràgraf anteriorment citat, serà molt més difícil que obtingui una indemnització. O bé dit des d'un altre punt de vista, la preclusió comporta una situació favorable per l'agent del dany al establir un termini màxim, on prima evitar l'incertesa que podria ocasionar el no exercici del dret envers l'ampara del damnificat en aquell supòsit en que no ha tingut mai la oportunitat de conèixer la relació de causalitat entre l'origen del fet danyós i el dany.

7. Conclusions

1. Ampli ventall normatiu.

L'estudi de la responsabilitat extracontractual en l'àmbit dels danys presenta un ampli i complex marc normatiu. I concretament l'àmbit dels medicaments en el Dret de Danys és una matèria regulada per un gran ventall de disciplines i per això, trobem la seva normativa molt dispersa. De fet, en aquest treball, s'ha vist que hipotèticament és possible solventar un mateix cas amb diferents normatives.

2. Dependència del Dret de Danys amb l'estat de la ciència de cada moment.

Els preceptes normatius que regulen el dany en l'àmbit de la responsabilitat extracontractual civil dels medicaments resulten insuficients a l'hora de regular un supòsit a més a més, tots aquests estan subjectes a l'arbitri de l'evolució científica. La solució que a la pràctica s'està arribant és fent una crida a la jurisprudència doctrinal on inevitablement es crea així la necessitat de comptar amb especialistes i professionals de l'àmbit de la Medicina que en certa manera, d'ells es fa dependre la resolució definitiva. De fet, el motiu del recurs de la SJPI nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013, ha estat una incorrecta interpretació de l'Informe Heidelberg.

3. Dificultats en la prova per qualificar el Dany real.

La SJPI nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013 ha qualificat el dany sobrevingut en base a una hipòtesi científica, no ha un dany real ni molt menys actual. De les sentències analitzades s'entreveu la situació actual, doncs es viu en una situació d'incertesa jurídica com a conseqüència de l'avenç de la ciència ja que sobre un cas sempre existeix la possibilitat que es descobreixin danys nous que comportin la reobertura de supòsits "aparentment prescrits".

4. Anàlisi individual per cada supòsit de Responsabilitat per Danys.

És molt difícil donar una resposta que unifiqui tots els problemes que es plantegen en la prescripció de la responsabilitat per danys, doncs és fa evident que per poder donar una solució justa a la gran varietat de casos de danys, la qüestió s'ha d'analitzar cas per cas.

5. Falta de precissió en la regulació de la institució de la prescripció

La prescripció és una institució que actualment és objecte d'estudi per part de la doctrina. Sobretot els problemes es plantegen a l'hora de fixar el *dies a quo* de la prescripció. Així per exemple en el cas AVITE c. GRÜNENTHAL la SJPI nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013, condemna al laboratori alemany GRÜNENTHAL a indemnitzar als socis d'AVITE i els declara afectats pel medicament. La sentència considera que ens trobem davant de danys continuats (també inclou als danys sobrevinguts), pel que aplicant la doctrina del Tribunal Suprem entén que no han prescrit. L'argumentació de la sentència no és tècnicament correcta, s'hauria d'haver donat un tractament diferent als danys primaris i als danys sobrevinguts com bé fa la SAP de Madrid, de 13 d'octubre de 2014.

6. La preclusió, un mecanisme pensat per a sistemes objectius.

La figura de la preclusió es presenta com una institució pensada per a sistemes objectius i per això, resulta que en els casos de Responsabilitat per Danys en el nostre ordenament jurídic estatal no la trobem en el règim general, sino que es presenta en algunes lleis sectorials més modernes com per exemple el TRLGDCU o en legislacions autonòmiques com és el cas del Codi Civil de Catalunya. Això vol dir que un damnificat al que se li manifesta un dany sobrevingut més enllà del límit màxim del termini de prescripció, en cas de resoldre-ho per les normes del Código Civil Espanyol, no podrà exercitar l'acció i resultarà totalment desprotegit. En canvi, solventat per la normativa del TRLGDCU i del Codi Civil de Catalunya, si que estarà protegit sempre i quan encara es trobi dins del termini màxim de duració com és la preclusió.

8. Bibliografia i jurisprudència citada

Bibliografia

- ABRIL CAMPOY, Juan Manuel. "La prescripción en el Derecho Civil de Catalunya: ¿es aplicable la normativa catalana solamente cuando existe regulación propia de la pretensión que prescribe?," *Indret*, núm 2, 2011.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara. "La Responsabilidad I", a PUIG I FERRIOL, Lluís (Director), *Manual de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 455-481.
- BADOSA COLL, Ferran. "Els fets jurídics, el pas del temps i els efectes jurídics que produeix", a BADOSA COLL, Ferran (Director) i MARSAL GUILLAMET (Coord.), *Manual de Dret Civil Català*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2003, pp.101-136.

- Díez-PICAZO, Luis. *La prescripción extintiva en el código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Aranzadi, Madrid, 2003.
- GALLARDO CASTILLO. María Jesús "Acción y procedimiento de responsabilidad", a GALLARDO CASTILLO, María Jesús (Directora) i CRUZ BLANCA, María José (Coord.), *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 495-535.
- ICAB. "La prescripción de las acciones en el Derecho catalán por culpa extracontractual y su incidencia en el ámbito de la RC", *Documentación para el Congreso de RC*, 31 de marzo de 2006, a <http://www.icab.cat/archivos/242-46349-DOCUMENTO/DocumentacioCongresoRC2006.pdf?download=1>.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; i altres, *Parte General del Derecho Civil. El Derecho Subjetivo, Vol. III*, Bosch, Barcelona, 1990.
- LETE DEL RÍO, José Manuel; LETE ACHIRICA, Javier, *Derecho de Obligaciones. Teoría general de la relación obligatoria y del contrato, Volumen I, Derecho de daños*, Thomson Aranzadi, Cizur-Menor, 2007.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. "El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el *dies a quo* del plazo de prescripción", a *XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. 9 de mayo de 2014, a <http://www.derechocivil.net/jornadas/MANUEL%20MARIN%20APDC.pdf>
- NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo; VEIGA COPO, Abel. *Derecho de daños*. Thomson Reuters, 2013.
- SALVADOR CODERCH, Pablo i altres, "Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº90 Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida", *InDret*, núm.1, 2014.
- SARRATO MARTÍNEZ, Luis, *La responsabilidad administrativa, civil y penal en el ámbito del medicamento*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

- SCHÜTZE, T; BOUVET, R i LE GUEUT, M. "Vaccination hépatite B et sclérose en plaques: de l'incertitude médicale à l'indemnisation des victimes", *Revue neurologique*, núm.170, 2014, pp. 520-526.
- VÁZQUEZ BULLA, Cristiano. "La responsabilidad civil por los productos defectuosos a la luz de la nueva ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial", *Revista de Derecho UNED*, núm.14, 2014, pp.717-750.

Jurisprudència citada

- STS de 31 de gener de 1983 (RJ 401), Ponent: Excm. Sr. Jaime de Castro García.
- STS de 2 de febrer de 1984 (RJ 570), Ponent: Excm. Sr. Jaime Santos Biz.
- STS de 16 de juliol de 1984 (RJ 4073), Ponent: Excm. Sr. Cecilio Serena Velloso.
- STS de 3 de febrer de 1987 (RJ 675), Ponent: Excm. Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández.
- STS de 15 d'octubre de 2008 (RJ 7125), Ponent: Excm. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.
- STS 30 de novembre de 2011 (recurs 1692/2010), Ponent: Excm. Sr. Juan Antonio Xiol Rios.
- STS 18 de juny de 2012 (RJ 6849), Ponent: Excm. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.
- STS de 29 de gener de 2014 (RJ 978), Ponent: Excm. Sra. Maria Lourdes Arastey Sahun.
- SAP Madrid, de 13 de octubre de 2014 (RJ 1531), Ponent: Excm. Sra. Sagrario Arroyo García.

- SJPI nº90 de Madrid, de 19 de novembre de 2013 (AC 2288), Magistrada: Excm. Sra. Gemma Susana Fernández Díaz.